

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE
LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA-RS

Ao
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA-RS
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 709/2023
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 170/2023

A/C Sr(a). Pregoeiro(a)

DAISON LAURENCE WOBETO, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 110.994 e no CPF-MF sob o nº 882.847.190-53, residente à rua Garibaldi, nº 657, CEP 95.700.000, Bento Gonçalves-RS, endereço eletrônico daisonjuridico@gmail.com, vem, respeitosamente perante Vossa Senhoria, para, com fulcro no tópico do item 21 do referido Ato Convocatório, apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao Edital de Pregão Eletrônico supracitado, realizado no âmbito desta municipalidade, salientada, desde logo, a brevidade da análise, conforme razões de fato e de direito que passa a expor.

Requer, no caso de não serem acatadas as razões de impugnação anexas, seja a presente peça remetida à autoridade superior para a devida apreciação.

Nesses termos, pede deferimento.

Santa Maria, 13 de dezembro de 2023.

Daison Laurence Wobeto
OAB/RS nº 110.994

RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

IMPUGNANTE: Daison Laurence Wobeto

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 709/2023

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 170/2023

I. PRELIMINARMENTE

1. DA TEMPESTIVIDADE

É de se assinalar que a presente insurreição encontra-se **TEMPESTIVA**, uma vez que protocolada até o terceiro dia útil anterior à data da abertura da sessão eletrônica de licitação, qual seja **19 de dezembro de 2023, às 14h**, em ambiente eletrônico preconizado no Item 2.1 do referido Edital. Desta forma, e nos termos da legislação vigente, o prazo limite para apresentação de impugnações é o dia **14 de dezembro de 2023**, estando, portanto, tal querela, dentro do limite temporal. **(Tópico do item 21.1 do Edital).**

2. DO CARÁTER NÃO EXAURIENTE DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO

Cumpre destacar que as ilegalidades do referido Edital não se esgotam naquelas levantadas nesta impugnação.

Dada a extensão e complexidade do ato convocatório, não é possível esgotar a análise das ilegalidades, atendo se aqui apenas às mais flagrantes.

Estas são suscitadas por serem mais evidentes e comprometerem a competitividade e a legalidade da contratação, por um ou mais dos seguintes motivos **a)** objeto do contrato utilizado como justificativa não guarda correlação com o objeto licitado neste Edital; **b)** pelo evidente direcionamento de marca, amparado em justificativa desprovida de documentação técnica adequada.

3. DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

A Lei é severa no que diz respeito ao prazo par resposta à impugnação de um edital de uma licitação na modalidade de pregão. Dispõe desta forma o **§ 1º do art. 12 do Decreto nº 3.555/2000**:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame.

No caso em concreto, a impugnação está sendo apresentada no dia 14/12/2023, quarta-feira, ou seja, 3º (terceiro) dia útil que antecede a realização do Pregão Eletrônico nº 170/2023.

Dessa forma, a Comissão de Licitação deverá oferecer resposta, no máximo até o dia 15/12/2023, sexta-feira, (24 h (vinte e quatro horas) após o protocolo da impugnação), **sob pena de invalidação**

do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

Isso por que o silêncio injustificado da Administração Pública caracteriza **omissão abusiva**, pois além de restringir a competitividade do certame, ainda ofende o interesse público, pois afronta o Princípio Constitucional da Publicidade, cuja finalidade é atribuir transparência e permitir o controle e fiscalização do Estado por toda a coletividade.

Outrossim, reiteramos ser de bom alvitre que esta douta Comissão de Licitação responda ao comando legal acima exposto, pelo bem dos Princípios administrativos e morais, sob pena de instaurar-se a ilegalidade, com a consequente **anulação do Pregão Eletrônico nº 170/2023**.

II. DOS FATOS

Trata-se de Licitação que será realizada na modalidade Pregão Eletrônico, com julgamento do tipo “*menor preço por lote*”, cujo objeto foi definido como exposto a seguir:

1. DO OBJETO

1.1. A presente licitação tem por objeto Contratação de Solução de Segurança da Informação com instalação suporte e serviço de resposta a incidentes (Solução XDR), conforme Termo de Referência (Anexo I), visando suprir a necessidade da Prefeitura Municipal de Santa Maria/RS, nos termos e condições constantes no presente Edital e seus Anexos.

Ocorre que, este Signatário ao tomar conhecimento do Edital, e analisar detalhadamente os seus termos, observou a existência de questões discrepantes e em desacordo legal que se continuadas afrontam de sobremaneira as regras insertas no Decreto nº 10.024/2019, Lei nº

3.555/2000, Lei nº 10.520/02 e subsidiariamente à Lei nº 8.666/1993, ferindo os princípios que regem os processos licitatórios, bem como determinações do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS), além de violar a própria Constituição Federal.

Desta forma o ato convocatório encontra-se inquinado de diversas ilegalidades, portanto, se faz necessária a interposição desta impugnação (e seu consequente provimento), para fins de restaurar a legalidade do certame.

Veja-se.

III. DO DIREITO

A licitação é antecedente mister do Contrato Administrativo e seu procedimento se destina precipuamente, a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública garantindo aos potenciais contratados o respeito aos princípios descritos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Neste mesmo caminho, o procedimento licitatório foi consagrado no artigo 37, Inciso XXI da Constituição Federal, como um procedimento obrigatório anterior a aquisição de bens e serviços por parte do poder público. Tal exigência existe no sentido de que a administração não

pode contratar diretamente com certo fornecedor à sua livre escolha, de modo discricionário.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
(Grifo nosso).

Reforçando esta tese, o nobre jurista **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, leciona em seu **Manual de Direito Administrativo** (2015, p. 429):

A administração pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

À luz doutrinária de Carvalho, vimos que a Licitação tem absoluta restrição legal, ficando seu procedimento adstrito à Lei. Existe portanto, uma imposição de certos limites para celebração de contratos administrativos, que tem como fundamento adequar o tratamento isonômico nas suas contratações, ou seja, a Licitação consiste em um procedimento administrativo por meio do qual a administração escolhe a proposta mais

vantajosa para a contratação de seu interesse e esse procedimento se desenvolve através de atos administrativos vinculativos entre o licitante e o poder público oferecendo iguais condições a todos interessados, que desejem contratar com a administração pública.

Corroborando com este fundamento, **MARÇAL JUSTEN FILHO**, em seu **Curso de Direito Administrativo**, (2014, p.495) entende que:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Resta cristalino que os objetivos da licitação são: a escolha da proposta mais vantajosa, o de garantir o mesmo tratamento para todos os licitantes e de promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Destes pressupostos fundamentais, denotamos que O PRINCÍPIO DA ISONOMIA é o mais importante de todos, visto que orienta toda a Licitação dentro do ordenamento jurídico pátrio. Ora, evidente que se não existe uma escolha pessoal na contratação, é certo que por imposição legal determinante, a administração DEVE CONTRATAR com aquele que apresentar a MELHOR PROPOSTA.

Desta forma, conforme demonstrado, resta evidente que todo e qualquer edital que objetive a realização de licitações públicas, bem como os feitos administrativos dele originados devem se ater à Lei 8.666/93 e aos seus princípios norteadores, tudo para que se evitem máculas ao próprio Ato de Convocação, visando impedir desta maneira uma eventual nulidade ao procedimento.

Nesse sentido, impende salientar que as matérias objeto da presente impugnação são questões pacificadas no âmbito do próprio Tribunal de Contas da União, cabendo lembrar que segundo a Súmula STF nº 347, **‘o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público’** – podendo, assim, declarar a nulidade de qualquer ato e procedimento adotado em uma licitação que esteja em dissonância com seus preceitos, com a lei e, em especial com o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Sob esse enfoque, oportuno destacar que o direcionamento em certames licitatórios é assunto diuturnamente tratado pelo Tribunal de Contas da União, que em sua função maior de fiscalizador da atividade administrativa, já decidiu reiteradas vezes a respeito do assunto. Nesse sentido, vale trazer à baila um de seus julgados sobre a matéria, *in verbis*:

“(...) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” (Decisão 819/2000 – Plenário)

[...]

“Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15% (RI-TCU, art. 220, inc. III).”(ACÓRDÃO Nº 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00- P)”

Quanto à ação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no caso de possível direcionamento, colacionamos decisão nº 153/98, *in verbis*:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 3. Considerando os indícios descritos de direcionamento da aludida licitação; e que tal procedimento licitatório não se conformaria à atual política de contenção de gastos impostos à Administração Pública, solicita que este Tribunal se digne a:

a) liminarmente, determinar ao Ministério da Justiça a suspensão do mencionado procedimento licitatório, uma vez que a matéria indica a abertura de propostas para o dia 11 do mês corrente;

b) determinar, com fulcro no art. 41, inciso II, também da Lei nº 8.443/92, a realização de inspeção no Ministério da Justiça, com vistas ao cumprimento dos misteres supra-assinalados e, se for o caso, identificar os responsáveis pelos atos eventualmente irregulares.

5. Em resposta à diligência desta Secretaria, por meio do ofício nº 68/SE/MJ, de 03/02/98 (fls. 12), o MJ prestou as seguintes informações:

a) os atos referentes ao processo licitatório da Tomada de Preços nº 12/97 foram suspensos por intermédio da Portaria do Gabinete do Ministro/MJ nº 1.215, de 02/12/97 (fls.14);

b) a mesma Portaria desconstituiu a Comissão Permanente de Licitação, dispensando os seus membros;

c) Comissão de Avaliação, constituída mediante Portaria do Gabinete do Ministro/MJ, de 18/12/97, (fls. 16) para analisar a matéria, concluiu pela existência de irregularidades na licitação que comprometeriam todo o procedimento até então praticado, ante a inobservância do disposto no art. 3º, inciso I, da Lei 8.666/93 (fls.22)”

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n.º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, acerca da responsabilização de eventuais responsáveis da disputa por: a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência; b) elaboração imprecisa de editais e c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Dando respaldo a esse poder de cautela, o art. 82 ordena que, os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei de licitações, além das sanções próprias administrativas previstas, “sujeitam-se à responsabilidade civil e criminal”.

Acrescente-se, por adequado, que restrições indevidas e preferências injustificáveis podem ser enquadradas criminalmente

no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Assim, os fundamentos jurídicos aqui expendidos são fonte de valia universal perante a sociedade brasileira, operadores do direito, e PRINCIPALMENTE AGENTES PÚBLICOS, pois constituem proteção ao sagrado interesse público maior – razão esta suficiente a proclamar a retificação do edital no tocante às exigências que extrapolam os comandos legais.

De outra sorte, e em conclusão, em uma análise mais detida às exigências contidas no Edital nº 170/2023, se sobressaíram vícios, o que acaba restringindo o caráter competitivo do certame.

Explica-se

IV. DO MÉRITO

1. DA ESPECIFICAÇÃO DE MARCA, DIRECIONAMENTO, RESTRIÇÃO À AMPLA PARTICIPAÇÃO

A análise técnica do Edital revela que o órgão licitante impôs restrições à ampla concorrência, na medida em que o Edital exigiu especificações técnicas e estruturais incompatíveis com os limites impostos pela lei 8.666/1993, inclusive determinando marca específica para o cumprimento do objeto.

1.1. Quantitativos

Item	Descrição	Quant.	Un.
1	Solução XDR baseado em inteligência artificial com instalação, configuração e suporte, para 36 meses.	5.000	Serviço
2	Serviço de assistência personalizada a incidentes, para 12 meses.	1	Serviço

O Termo de Referência do presente Edital especifica “SOLUÇÃO XDR” e traz no objeto (Item 1) os seguintes quantitativos: Na sequência adentra com a indicação de “part-numbers” e a descrição dos itens:

1.2. Composição da Solução de Segurança baseada em Inteligência Artificial

A solução de segurança deverá contemplar todos os itens e quantidades indicadas abaixo:

	Part-number	Descrição	Qtd
1	FN-FAC-VM-BASE	FortiAuthenticator - VM License	1
2	FN-FAC-VM-1000-UG	FortiAuthenticator - VM License Adds 1,000 users to FortiAuthenticator-VM	2
3	FN-FC3-10-0ACVM-248-02-36	FortiAuthenticator - VM License 24x7 FortiCare Contract (1 - 5100 USERS)	1
4	FN-FCC-FAC2K-LIC	FortiClient SSO License for FortiAuthenticator	1
5	FN-FTM-ELIC-2000	FortiTokenMobile (Electronic License) Software one-time password tokens for iOS, Android and Windows Phone mobile devices. Perpetual licenses for 2000 users. Electronic license certificate.	1
6	FN-FC2-10-AZVMS-465-01-36	FORTIANALYZER-VM SUBSCRIPTION LICENSE WITH SUPPORT 3 YEAR SUBSCRIPTION LICENSE FOR 50 GBDAY CENTRAL LOGGING ANALYTICS. INCLUDE 24X7 FORTICARE SUPPORT, IOC, SOC SUBSCRIPTION, AND FORTIGUARD OUTBREAK ALERT SERVICE.	1
7	FN-FC3-10-EMS05-428-01-36	FORTICLIENT - VPN ZTNA 3 YEAR FORTICLIENT VPNZTNA AGENT SUBSCRIPTIONS EMS HOSTED BY FORTICLOUD WITH 24X7 FORTICARE FOR 2000 ENDPOINTS.	2
8	FN-FP-10-PS001-831-01-01	PER-DAY SOLUTION ARCHITECT CONSULTANCY ENGAGEMENT TO DOCUMENT, DESIGN AND DELIVER SECURITY ARCHITECTURE IMPROVEMENTS PER AGREED SCOPE BOUND BY FORTICARE CONTRACT AND ASSOCIATED TERMS	5
9	FN-FP-10-PS001-806-02-03	FortiEDR JumpStart Remote FortiEDR jumpstart support service - up to 3K endpoints	1
10	FN-FP-10-EDR-PS	FortiEDR professional services day	2

1.3. Composição do serviço de resposta a incidentes:

	Part-number	Descrição	Qtd
1	FN-FP-10-IR001-709-02-12	FORTIGUARD INCIDENT READINESS SUBSCRIPTION SERVICE 1 YEAR FORTIGUARD INCIDENT READINESS SUBSCRIPTION SERVICE - 12 MONTHS	1
2	FN-FC3-10-FEDR1-349-01-12	FORTIEDR DISCOVER, PROTECT RESPOND AND STANDARD MDR 1 YEAR FORTIEDR DISCOVER, PROTECT RESPOND AND STANDARD MDR SUBSCRIPTION AND 24X7 FORTICARE FOR 2,000 ENDPOINTS	2
3	FN-LIC-IR-10	TEN SERVICE POINT FOR IR SERVICES TEN SERVICE POINT FOR IR SERVICES	1

É de se observar que na descrição dos itens aparecem os produtos (nome fantasia) da empresa Fortinet, indicando evidente direcionamento de marca.

Da mesma maneira, o Item 6 do Termo de Referência descreve a marca “Fortinet”.

6. INSTALAÇÃO E CONFIGURAÇÃO

6.1. A Contratada será responsável por realizar uma consultoria e revalidação das regras do Firewall **Fortinet** FG-1100E, sendo emitido um relatório com as alterações realizadas na configuração. Esta consultoria e revalidação deverá ser feita com base nas orientações fornecidas pela **Fortinet** na consultoria Incident Readiness.

6.2. A Contratada deverá configurar as seguintes **soluções Fortinet**

- FortiAuthenticator com licença SSO;
- FortiTokenMobile;
- FortiAnalyzer;
- FortiClient EMS com função de ZTNA;
- FortiEDR.

O Termo de Referência traz em seu Item 2, uma suposta justificativa “**Para definição da Marca**” (Item 2.1), na qual alega a necessidade de uso exclusivo dos produtos da marca **Fortinet** pelo encerramento do contrato nº 92/2019, que tratava da responsabilidade pela atualização das licenças de antivírus.

Aduz que houve a realização de Prova de Conceito (POC) de “*algumas soluções*” e com isso julgou a solução **Fortinet FortiXDR** “*ser a mais adequada*”, por apresentar “*total compatibilidade com o Firewall adquirido pelo Município em setembro de 2022 via Pregão Eletrônico nº 97/2022 que possui licenciamento ativo que poderá ser adicionado a solução pretendida*”.

Também refere que “*a indicação da marca segue as orientações de soluções de tecnologia Gartner*” e conclui fazendo a defesa da marca escolhida dizendo que: “*a solução proposta foi escolhida para garantir a preservação dos investimentos anteriores, pois trata-se de solução no mesmo*

padrão dos já instalados, o que potencializa a utilização dos atuais por todo o tempo de vida de cada dispositivo. Além do fator econômico, é importante destacar que a solução proposta facilitará a interoperabilidade entre os componentes, o gerenciamento centralizado, a economia de escala e o aproveitamento do conhecimento da equipe técnica.”

Pois bem.

Por primeiro, a aquisição de Firewalls da marca Fortinet no Pregão Eletrônico nº 97/2022, modelo FG1100E por si só não ampara a determinação de marca específica para aquisição do objeto aqui licitado.

As soluções de firewall do mercado possuem ampla compatibilidade com as soluções objeto deste Pregão, e o Firewall da Fortinet não é diferente, permitindo sua adição a uma série de marcas existentes no mercado.

Com relação a realização da Prova de Conceito (POC), com “teste” de soluções alternativas, não há no Edital ou em seus anexos, qualquer referência a estas empresas “testadas” ou, pelo menos, quantas o foram. De qualquer maneira, o simples fato de ser possível empreender POC para avaliação do objeto desta licitação é sinalizador da existência de competitividade ao produto, e tolher esta competitividade atribuindo marca ao objeto, fere de morte o princípio da isonomia na administração pública.

Quanto à aludida “*garantia da preservação dos investimentos anteriores*”, tal não se sustenta, pois como dito alhures, as soluções existentes no mercado possuem total compatibilidade com o Firewall utilizado como “amparo” para a designação de marca específica ao objeto.

**PROBLEMAS NO PROCESSO DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO -
VIOLAÇÃO AO ART. 7º, § 5º, DA LEI N. 8.666/93, E À SÚMULA N. 270 DO TCU**

Tendo restado claro que o Edital exige o atendimento a funcionalidades exclusivas de um determinado fabricante, é tempo de verificar se as formalidades necessárias para que essa opção fosse exercida pela Administração foram cumpridas.

Fundamental, para isso, é verificar qual é o contorno jurídico e legal que a questão tem. O art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/93, afasta tal possibilidade salvo que existam razões técnicas que o justifiquem, sendo o mesmo caminho trilhado pela Súmula n. 270 do TCU.

Mas essas razões técnicas devem, necessariamente, ser expostas num processo de contratação cuja fase interna (planejamento, identificação da demanda, etc.) transcorra COM A ANÁLISE DAS ALTERNATIVAS DE MERCADO. Nesse sentido, o TCU tem entendimento consolidado que aponta que a exigência de características técnicas exclusivas (que é o caso incontroverso do Edital) demanda estudo pormenorizado que justifique as razões pelas quais se excluem as demais alternativas da disputa. Veja-se:

Enunciado:

A INDICAÇÃO DE MARCA NO EDITAL DEVE ESTAR AMPARADA EM RAZÕES DE ORDEM TÉCNICA, DE FORMA MOTIVADA E **DOCUMENTADA**, que demonstrem ser aquela marca específica a ÚNICA CAPAZ DE SATISFAZER O INTERESSE PÚBLICO.

Excerto (...)

14. No presente caso, instado a se manifestar, o DLOG/MS **não apresentou fundamentação técnica, laudo ou estudo** que COMPROVASSE A NECESSIDADE DE EXIGIR AS TECNOLOGIAS INDICADAS NO EDITAL. Assim, infiro que o órgão realizou indicação expressa de marca específica, sem, todavia, ter sido apresentada a correspondente justificativa técnica, o que não pode ser convalidado por esta Corte.

15. Conforme muito bem asseverado pela unidade técnica em sua instrução, é até verossímil que tenha sido necessário mencionar tais marcas como referência, pois tratam-se de modelos consolidados no mercado. Para tanto, seria necessário acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”. Consequentemente, por existirem outras tecnologias que se propõem às mesmas funções, a especificação do objeto deveria ter

ocorrido sem a indicação de marca específica, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, o que, repita-se, não resta demonstrado nestes autos.

Acórdão:

9.2. [...] assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde adote as providências necessárias no sentido de, exclusivamente em relação ao item 17 do pregão eletrônico SRP 12/2015, anular o procedimento licitatório, a ata de registro de preço e eventuais contratos, em razão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame, evidenciada pela indicação de marcas específicas sem a correspondente justificativa técnica, contrariando os arts. 3º, caput e § 1º, 7º, § 5º, 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, o Enunciado 270 da Súmula de Jurisprudência do TCU e a jurisprudência do TCU (representada, por exemplo, pelo Acórdão 2.829/2015-TCU-Plenário), informando a esta Corte, no mesmo prazo, as medidas adotadas;

(TCU, Acórdão n. 113/2016-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julgado em 27/01/2016. Destaque nosso).

A indicação da marca Fortinet como sendo a única capaz de atender a municipalidade fere os diplomas legais que regem as contratações públicas, bem como os princípios que a norteiam, devendo o Edital ser retificado, de modo a possibilitar ampla concorrência ao objeto, sob pena de anulação do certame e eventuais consequências jurídicas.

No processo, ademais, não se menciona QUAIS FORAM PESQUISADAS, AS RAZÕES PELAS QUAIS AS SUAS CARACTERÍSTICAS NÃO FORAM ACEITAS, etc.

Voltamos, assim, ao que pensa o Egrégio TCU, como já relatado no início deste tópico. Em casos similares ao que ora analisamos, nos quais eventuais razões para restrição de marca ou indicação de características técnicas exclusivas não se sustentam técnica e economicamente e nem se amparam num ESTUDO ADEQUADO, a jurisprudência do TCU tem sido bastante restritiva com a possibilidade de licitações fechadas como a que ora se impugna. A título de exemplo, veja-se o entendimento:

Enunciado

Na aquisição de soluções de armazenamento (storage) em tecnologia da informação, não é aceitável a justificativa de padronização ou de aproveitamento de

equipamento para restringir o fornecimento a um único fabricante, sem que essa decisão esteja amparada em estudo técnico preliminar, fundamentado em **ampla pesquisa e comparação efetiva com alternativas possíveis, avaliando-se os custos de cada alternativa, de modo a se viabilizar a efetiva competição entre diversos fabricantes e resguardar o interesse público**.

(TCU, Acórdão 248/2017-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 15/02/2017. Grifo nosso).

Veja que, no julgado acima, o TCU não se contenta com que seja apresentada uma justificativa meramente para atendimento formal à lei (indicando que a licitação seria fechada para manter padronização). Analisando o voto proferido pelo Min. Walton Alencar Rodrigues, percebe-se que só se considera existente um estudo imparcial quando características não essenciais sejam deixadas de lado, de forma que as alternativas tecnológicas sejam seriamente avaliadas. Confira-se:

Do ponto de vista essencialmente técnico, os responsáveis não buscaram conhecer as soluções de outros fabricantes, em etapa inicial do processo, para, posteriormente, com as informações consolidadas, solicitar, de forma igualitária, a precificação aos principais fabricantes, conferindo tratamento semelhante ao dado aos oito representantes do [fabricante 1], aos quais foi enviado documento com todos os requisitos técnicos detalhados (peça 152).

Nas pesquisas com o representante da [fabricante 3] e com a [fabricante 2], a AGU adotou como premissa que a solução sugerida contemplasse a integração com o parque tecnológico da instituição.

Foram determinadas a esses fornecedores as seguintes características técnicas como necessárias: integração com o equipamento [...]; utilização dos storages [...] em ambiente de menor impacto; solução baseada na tecnologia NAS, contemplando backup no site remoto com funcionalidades de deduplicação, retenção e outras que fossem pertinentes (peça 257, p. 42) .

Caso a AGU estivesse de fato avaliando a hipótese de substituição completa da solução de armazenamento em uso, ao invés das exigências do parágrafo anterior, teria requerido propostas que contemplassem solução de migração dos dados do storage atual para a nova plataforma, de forma semelhante ao que ocorreu no edital do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (peça 154, p. 39) , que também possuía equipamento [fabricante 1] e, nem por isso, impôs a restrição de marca a esse fabricante.

[...] grifos nossos

Como visto, as informações contidas no Edital não são razões suficientes que deem conta de explicar por que não se permitiu que tecnologias concorrentes tomassem parte na disputa. E o TCU considera plausível que se restrinja a competição com características técnicas exclusivas **SOMENTE QUANDO HOUVER DEMONSTRAÇÃO CABAL DE QUE A SOLUÇÃO ESPECÍFICA É A ÚNICA CAPAZ DE ATENDER À DEMANDA DA ADMINISTRAÇÃO**. Não é o que se tem neste caso.

Encerrado o detalhamento, urge ressaltar que diante de tais e graves irregularidades, deve-se lembrar ao gestor público, que ele está sujeito à legislação e decisões prolatadas por intermédio de acórdãos e resoluções dos órgãos maiores de controle, visto a utilização de recursos públicos para a contratação. Ressalte-se que tais órgãos foram dotados de competência para avaliar os atos praticados em toda a sua extensão, com possibilidade de questionar a decisão sob o aspecto da eficiência, da economicidade, da legalidade e da legitimidade.

As exigências acima descritas comprometem a ampliação da disputa e por consequência a seleção da proposta mais vantajosa. Reza a Constituição Federal, de forma peremptória, em seu artigo 37, inciso XXI:

"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Também o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 veda expressamente a restrição ao caráter competitivo:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. § 1º É vedado aos agentes públicos: 4 I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei nº 8.666/93 buscou *“evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.”*

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que autoriza

apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis. Conforme citado acima, o amplo espectro da ação do controle pelos Tribunais de Conta, extrapola o até então inquestionável mérito do ato administrativo, para verificar não só a sua conformidade com o interesse público, mas também quanto a ser a prática a melhor forma de satisfazê-lo ou não.

Nesse mesmo diapasão, encontramos mais uma vez a manifestação de Marçal Justen Filho:

“(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico- operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p. 337).

Aliás, os Tribunais de Contas têm jurisprudência uníssona no sentido de que as exigências do edital devem estar voltadas à seleção da proposta mais vantajosa, sem, no entanto, restringir injustificadamente a competitividade:

“o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame.

Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de

qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis.

Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.” TCU - AC-0423-11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.

Resta evidente que o Edital merece revisão a fim de se evitar a restrição ao caráter competitivo no caso em tela, com a alteração das exigências que restringem injustificadamente a competitividade do certame, através de uma clara e evidente falta de isonomia. **Ao fazer, e o pior, manter, um EDITAL DIRECIONADO e VICIADO poderá estar servindo a fins escusos do mercado, gerando uma jurisprudência de desrespeito aos princípios da Administração Pública e da Lei de Licitações.**

Portanto, e de modo conclusivo, é importante salientar dentre os inúmeros princípios da administração, o **princípio da competitividade**, porquanto dotado de imensurável importância prática e intimamente relacionado com esta argumentação. Este princípio decorre diretamente do já citado art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, que, assertivamente, indica que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras licitatórias capazes de comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação. Além disso, tal princípio corrobora a premissa de que o ato licitatório persegue um duplo objetivo. Primeiramente, ensejar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais conveniente para que se proceda à celebração do contrato. Em segundo plano, o de garantir iguais chances de concorrência aos potenciais contratantes.

Assim, não restam dúvidas de que permitir a competitividade entre os interessados é questão inerente ao próprio instituto da licitação, de observância obrigatória. Com efeito, a preservação da

competitividade está indubitavelmente ligada ao princípio da livre concorrência, um dos pilares da ordem econômica nacional, conforme artigos 170, IV e 173, §4º, da Constituição Federal, na medida em que ambos reconhecem a necessidade de se estimular ao máximo a livre competição entre diferentes agentes para se alcançar o melhor resultado possível, tanto no aspecto econômico quanto social.

Imprescindível, então, que a Administração não só estimule a maior competitividade possível em suas licitações, mas também se abstenha de incluir no instrumento de convocação qualquer disposição que possa restringir a livre concorrência no procedimento, porquanto é através de um procedimento competitivo que se mostra possível constatar verdadeiramente a proposta “mais vantajosa”. Por isso mesmo há ofensa ao princípio da livre concorrência quando editais de licitação **exigem marcas específicas para participação em certames licitatórios ou contratações por parte da Administração Pública**, tal norma não foi materializada no ordenamento jurídico brasileiro, e os atos administrativos devem estrita obediência à lei.

Diante de todo palavrório exposto, é patente a ilegalidade de tal exigência, devendo tal requisição ser revista, para o bem do cumprimento da legalidade ao Ato Convocatório como um todo.

V. DOS PEDIDOS

O presente Edital se encontra eivado de vícios que prejudicam sua própria existência. Tais nulidades contaminam o processo licitatório como um todo, tanto na fase interna, quanto na fase externa, não havendo portanto, outra alternativa senão a de ANULAR O CERTAME.

A anulação, assim como a revogação do certame licitatório está amparada no princípio da autotutela, que estabelece à Administração poder de controlar seus próprios atos.

Esse princípio está sedimentado nas súmulas 346 e 473 do STF, vejamos:

Súmula 346 – A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos;

Súmula 473 – A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Grifos nossos).

Vê-se uma complementação entre um e outro, garantindo à administração a revisão de seus próprios atos, dentro da legalidade.

Neste mesmo caminho segue o Art. 53 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, vejamos:

Art. 53 – A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (Grifos nossos).

A Lei de Licitações, que rege todo o processo, também ampara tal decisão em seu Art. 49, vejamos:

Art. 49 - A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (Grifo nosso)

A Doutrina também não é silente quanto ao tema, **Dirley da Cunha Jr.** leciona que o princípio da autotutela dá respaldo à Administração para a correção de seus próprios atos, e que isso não se trata de uma faculdade, e sim de um dever **de** restauro à ilegalidade rompida:

“Se por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal”. (Grifo nosso)

No caso em tela, evidente que a medida apropriada é a anulação do presente processo, lembrando que tal procedimento em relação ao certame licitatório, por motivo de ilegalidade, não gera obrigação de indenizar, uma vez que o certame está em andamento aguardando prazos ainda na seara administrativa.

Diante do exposto requer a ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO, tendo em vista a clara e evidente falha administrativa que produziu vícios insanáveis no referido processo.

VI. DOS PEDIDOS FINAIS

Face à farta exposição, requer, respeitosamente, que seja a presente impugnação recebida e conhecida pela Administração, na forma do Art. 41 § 2º da Lei de Licitações, sendo a esta atribuída o efeito suspensivo, conforme faculta o § 2º, do Art. 109, do mesmo código legal, de modo que as invalidades aqui apontadas sejam afastadas antes do prosseguimento do certame.

A seguir, requer-se que sejam sanadas todas as ilegalidades, irregularidades e vícios evidenciados (além de outros que possam vir a ser constatados por este prestigioso órgão). Essas são algumas medidas necessárias à preservação da legalidade, competitividade e impessoalidade do

certame, para que não sejam comprometidos os demais atos subsequentes praticados pela Administração.

Por derradeiro e conclusivo, espera-se ainda, e em qualquer caso, a republicação do Edital, com a reabertura dos referidos prazos, na forma do Art. 21, § 4º da Lei 8.666/1993, à medida que as ilegalidades suscitadas inquestionavelmente afetam a formulação das propostas.

Requer, em sede final e em qualquer caso, a prolação da decisão, fazendo-o ainda de forma motivada, nos moldes do Art. 50 e incisos da Lei nº 9.784/1999, para a remota hipótese em que se faça necessário o controle judicial do Ato.

Em tempo, esta impugnação segue com cópia ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e ao diligente Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Nestes Termos,

Pede Deferimento,

Santa Maria, RS, 13 de dezembro de 2023

Daison Laurence Wobeto

OAB/RS 110.994